



法律隐喻学

Legal Metaphorology

刘风景 著



法律隐喻学

Legal Metaphorology

刘风景 著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

法律隐喻学/刘风景著. —北京: 中国人民大学出版社, 2016. 11
(国家社科基金后期资助项目)
ISBN 978-7-300-23577-6

I. ①法… II. ①刘… III. ①法学—隐喻—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 270359 号

国家社科基金后期资助项目
法律隐喻学
刘风景 著
Falü Yinyuxue

出版发行	中国人民大学出版社				
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080		
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)		
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)		
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)		
网 址	http://www.crup.com.cn				
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)				
经 销	新华书店				
印 刷	涿州市星河印刷有限公司				
规 格	165 mm×238 mm 16 开本	版 次	2016 年 11 月第 1 版		
印 张	14.25 插页 2	印 次	2016 年 11 月第 1 次印刷		
字 数	223 000	定 价	42.00 元		

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金项目主要类别之一，旨在鼓励广大人文社会科学工作者潜心治学，扎实研究，多出优秀成果，进一步发挥国家社科基金在繁荣发展哲学社会科学中的示范引导作用。后期资助项目主要资助已基本完成且尚未出版的人文社会科学基础研究的优秀学术成果，以资助学术专著为主，也资助少量学术价值较高的资料汇编和学术含量较高的工具书。为扩大后期资助项目的学术影响，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

2014年7月

目 录

第一编 总论	1
第 1 章 法律隐喻一般理论	3
第二编 法的本体	25
第 2 章 法律原则的窗户隐喻	27
第三编 法的创制	45
第 3 章 立法隐喻	47
第 4 章 包裹立法	62
第四编 法的实施	83
第 5 章 “刀把子”的含义	85
第 6 章 司法案例间的“家族相似”	115
第 7 章 正义女神像的司法喻意	131
第五编 法律文化	151
第 8 章 法律移植	153
第 9 章 拟人法律观	175
第 10 章 “手”之法意	198
第 11 章 颜色的法律隐喻	215

第一编 总论

●第1章 法律隐喻一般理论

本编的重心是对法律隐喻进行概念的界定。从法学方法的角度提出：法律隐喻学的一般理论需要探究法律隐喻的概念、功能以及工作机制等主要问题。在概念上，法律隐喻是法学家为了理解或解释某一法律问题（本体）而借用其他领域的概念（喻体），以实现从其他知识领域到法律领域的意义转换的思维活动，是法学中常用的定义方式和认知方法。法律隐喻以类比推理为基础，是人们认识和把握各种法律现象的有效方法，还有助于培育公众的尊法情怀，推进民主政治建设，彰显对人性的尊重。运用法律隐喻时，须认识事物本质，了解其工作机制。

第1章 法律隐喻一般理论

隐喻在英语中为“metaphor”，它源于希腊语“metapherein”，在希腊语中“meta”是“beyond”（超越、在……之上）的意思，“pherein”是“to bring”（带来、产生）的意思，两者的组合意指带到（字面的）后面。隐喻是与明喻相对而言的，在本体与喻体的关系上它比明喻更为紧切，是各种比喻中最典型的一种形式。隐喻原本是一种修辞方式，其中有关话题被一种用于非字面意义描述的语词或句子来指称。在典型的隐喻用法中，字面上似乎是不合逻辑和荒谬的，但人们的理解和交流并不因此而受阻。20世纪70年代以来，隐喻不再仅仅局限于语言学领域，已成为逻辑学、心理学、美学、词源学、语义学、语用学、符号学、解释学等多学科所共同关注的重要课题，它在自然科学、社会科学中的方法论地位越来越为人们所重视，理论界掀起了一股“隐喻热”。在法学领域，许多重要的法律现象也是通过隐喻来表征的。仅与法本身有关的隐喻就有许多，例如，母法与子法、大法与小法、新法与旧法、死法与活法、软法与硬法、上位法与下位法、高级法与低级法、法律诞生、法律成长、法律死亡、法律渊源、法律漏洞、法系（或法族）、法圈、法网、法律沉默、法律休眠、法规泛滥、法律爆炸、法律环境、法律结果、法律移植、法律继承，等等。不夸张地说，隐喻是所有法律之母。^①然而，如同空气阳光之于人一样，在法学中不可缺少的隐喻也常被忽视，需要法学家们做出深入而细致的研究。

一、法律隐喻的基本含义

从法学方法论的角度看，所谓法律隐喻，就是法学家为了理解或解

^① 参见〔德〕伯恩哈德·格罗斯费尔德：《比较法学家与语言》，载〔法〕皮埃尔·勒格朗等主编：《比较法研究：传统与转型》，李晓辉译，146页，北京，北京大学出版社，2011。

释某一法律问题（本体）而借用其他领域的概念（喻体），以实现从其他知识领域到法律领域的意义转换的思维活动，是法学中常用的定义方式和认知方法。法律隐喻具有以下特点：首先，法律隐喻是一种法学方法。在法学上，许多法律概念以隐喻的方式存在着，就此而言，法律隐喻属于法学本体论的范畴；同时，法律隐喻也是法学家认识复杂的法律现象的一种理论工具，属于法学方法的范畴。本章主要是从法学方法论的角度来分析和研究法律隐喻的，在此意义上，法律隐喻是法学家为了认识、表征相关法律现象而运用的理论工具。其次，法律隐喻是由作为本体的法律现象与作为喻体的其他领域知识所构成的。“隐喻总是引导我们依据较熟悉的系统去看不那么熟悉的系统。”^①其中本体是需要认识和把握的法律现象，而喻体是来自其他领域的知识，属于人们熟悉的“身边事物”，是认识的工具。再次，法律隐喻是以类比推理为基础而构建的。法律隐喻的运用过程是，法学家基于某一法律现象与其他领域现象具有一定的相似性，从而将已掌握了的其他领域现象的相关知识，由此及彼地转换到法律领域，实现对某一复杂的法律现象的认知、表征和交流。

法律隐喻广泛分布在各法学领域之中，而且其存在方式也复杂多样。根据不同的标准，可对法律隐喻做出不同类型的划分。

第一，按照法律隐喻的新鲜度，可将法律隐喻分为“死喻”与“活喻”。通常像民法、刑法、诉讼法这类传统的学科或者领域，大部分法律隐喻因被长期而广泛地使用，往往不被看作隐喻，遂成为“死喻”；而在一些新的法学学科或者领域中，人们只得使用语言系统中已有的词语来隐喻新的内容，存在着大量生动而新鲜的法律隐喻，即“活喻”。例如，在证券法的公司收购领域，就高密度地存在着许多有趣的法律隐喻：夜半突袭、狗熊的拥抱、烟幕弹、表演制止者、白马王子、灰马王子、黑马王子、鲨鱼驱逐剂、伤亡名单、扫射、雇佣杀手、垃圾证券、杠杆式买进、一网打尽、囚徒困境、穿靴大汉防御、毒药丸、毒药抛出、绿色邮件、金色降落伞、锡色降落伞和焦土政策等。^②在计算机犯罪领域，也有许多隐喻式的法律概念：意大利香肠术（Salami Techniques）、活动天窗（Trapdoors）、废品利用（Scavenging）、特洛伊木马术（Trojan Horse）、逻

^① [荷] F. R. 安克施密特：《历史与转义：隐喻的兴衰》，韩震译，16页，北京，文津出版社，2005。

^② 参见[美]托马斯·李·哈森：《证券法》，张学安等译，510～511页，北京，中国政法大学出版社，2003。

辑炸弹 (Logic Bombs)、寄生术 (Worms Similar Zapping) 等。

第二,按照喻体的不同,可分为意识类的法律隐喻、行为类的法律隐喻、物品类的法律隐喻和状态类的法律隐喻。隐喻是一种语义的替代和转换,是从知识的一个领域转换到另一个领域的选择活动。其中,对象域(本体)是法学家意欲解释或解决的概念或问题,而来源域(喻体)则是法学家用来理解或解释对象而借自另一领域的概念。能否选择适当的喻体,是一个法律隐喻运用得是否成功、其阐释力强弱的关键。在法律隐喻中经常被用作喻体的现象有:人的意识、人的行为、常见物品和外界事物状态等。(1) 意识类的法律隐喻。凯尔森认为,说法律是立法者的命令或意志就属于隐喻,即法律规则规定人的一定行为模式,就像一个人要另一个人以如此这般方式行为并以命令的形式表示这一意志的状态。^①而法律目的也是一个隐喻。“法是一个抽象观念,包含一套规则、原则和概念。法具有目的的想法含有法的目的论观点,其背后存在着为一定目的服务的思想,但法本身并无思想。制订法律的人当然可能怀有他们希望法律达到的目的,而且有时这些目的体现得非常明显。当出现这种情况时,相对来说比较容易将立法者的目的转移到法本身,并可以假定法的目的(或政策)是为了达到这一或那一目的。”^②这类法律隐喻还有法律精神、法律思想、法律灵魂等。(2) 行为类的法律隐喻。例如,“洗钱”,源于英语“money laundering”一词。在汉语中“洗”的主要含义是用水或汽油等去掉泥污。洗钱,是将非法所得的钱财(俗称“黑钱”)通过一定方式变为合法收入。毒品交易、贿赂、走私、逃税等都会产生“黑钱”,为掩饰、隐瞒其来源和性质,采取提供资金账户、资金转移、存入境外银行、复杂的金融交易等手段,将“黑钱”“洗”得合法化,这一过程即为“洗钱”。基于洗钱的隐喻义,我国《反洗钱法》第2条规定,洗钱是指通过各种方式掩饰、隐瞒毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪等犯罪所得及其收益的来源和性质的洗钱活动。再如,公司法中的“揭开公司面纱”,还可称为“揭开公司的面罩”(lifting the corporation's mask)、“撩去公司面纱”(lifting the corporation's veil)

^① 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,37页,北京,中国大百科全书出版社,1996。

^② [英]P.S.阿蒂亚:《法律与现代社会》,范悦等译,125~126页,沈阳,辽宁教育出版社,1998。

或“刺破公司面纱”(piercing the corporation's veil)^①,是指在具体法律关系中,基于特定事由,可以否认公司的独立人格,使股东在某些场合对公司债务承担无限责任的法律制度。这类法律隐喻还有美国代理法中的“狂欢”,婚姻法中的第三者插足,宪法上的“搭便车”等。(3) 常见物品类的法律隐喻。例如,英国宪法中的内阁就是以“密室”为喻体的法律隐喻。^② 内阁导源于1660年王权复兴后的枢密院。最受国王信任的枢密院成员单独成立一个委员会。在安妮女王时期,这种委员会成为政府的主要机关,而枢密院本身则名存实亡。内阁的名称可能是由于这种委员会在国王的私室开会引申而来的。在现代,内阁是一个由首相从下院多数党中挑选人员组成,并由首相领导的委员会,阁员大多由首相任命为某个主要政府部门的首脑。内阁事务具有高度的保密性,对内阁讨论的问题和做出的决定,阁员要严格保密。再如,美国宪法中的口袋否决权^③,意指美国总统在国会休会10天前,接到国会送交其签署的立法议案时,若总统既决定否决该项议案,又不愿由此引起国会对总统否決的推翻,总统便既不签署该项议案,也不将该项议案否决后退回国会,而是有意搁置不签不退,使该项议案到期自行作废。再如,证据法中的“毒树之果”,是指在非法取证的情况下,尤其是由非法口供引出的“毒树之果”,即以非法取得的口供为线索而收集到的实物证据虚假性成分更大。一些严重违反程序的行为,如刑讯逼供、非法取证等,即使裁判结果是公正的,也损害了整个制度的公正,好像采食了“毒树之果”^④。又如,法律漏洞也是一个法律隐喻。我们日常用语中把物品存在的透空部分称为洞或孔。餐具上常有透空的部分,如锅子、水瓢上的洞或孔等。这些洞或孔如是不该有的,便称为漏洞。人们将漏洞的概念借用到法律的讨论上来,用来指称法律体系上之违反计划的不圆满状态。^⑤ 这类法律隐喻还有刑法中的保护伞、口袋罪;贸易壁垒、绿色壁垒、法律壁垒;知识产权陷阱、合同陷阱、诉讼陷阱等。(4) 事物状态类的法律隐喻。

① 参见郭升选:《“公司人格否认”辨》,载《法律科学》,2000(3)。

② 参见[英]戴维·W·沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,154页,北京,法律出版社,2003。

③ 参见赵宝云:《西方五国宪法通论》,99页,北京,中国人民公安大学出版社,1994。

④ 孙长永:《刑事庭审方式改革出现的问题评析》,载《政法论坛》,2002(3)。

⑤ 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,292~293页,北京,中国政法大学出版社,2001。

在此,“日落立法”(sunset law)^①即为适例。美国国会为加强立法控制,对行政机关的活动进行监督考核并实施定期评估。一旦发现行政机关并未按旨意行事并缺乏效率者,则该机关的政策制定权和执行权非经再授权即自动无效,濒临“日落”的境地。再如,环境法中的“长尾”问题,是指由于引起环境侵权责任的原因行为发生在保险期间,保险人应当承担赔偿责任,这就使得保险人在其后仍将面临难以预期的保险索赔。^②这类法律隐喻还有兜底条款、包裹立法、空框结构等。

另外,作为事物状态特殊形式的颜色,也常常被用作喻体。例如,“黑社会”是英语“under-world society”的译语,主要指具有一定政治、经济目的,秘密从事卖淫、贩毒、盗窃、抢劫等非法活动的社会集团。黑社会性质组织是指以暴力、威胁或者其他手段,有组织地进行犯罪行为,称霸一方,为非作恶,欺压、残害群众,严重破坏经济、社会生活秩序的反社会组织。以颜色为喻体的法律隐喻还有国际经济法中的灰色区域措施,绿色补贴,绿盒子政策;企业法中的红帽子企业;刑法中的红包(贿赂),黄色出版物;执行领域中的法律白条;清代民事法律中的红契和白契^③;等等。

第三,根据各自所处地位和所起作用的不同,可将法律隐喻分为一般隐喻与核心隐喻。一般隐喻是用于表述普通的法律概念的隐喻;而核心隐喻则是用于阐释法的概念或者法的基本范畴的隐喻。一般而论,核心隐喻也称根隐喻(root metaphor),它在特定思想体系中居于中心位置,集中体现其独特的世界观,是一种全新的理解系统、理论框架、研究方法。^④诚如科学哲学家库恩所言:“模型的类型尽管从启发式的到本体论的多种多样,却都具有类似的功能。例如,它们供给研究团体以偏爱的或允许的类比和比喻,从而有助于决定什么能被接受为一个解释和一个谜题的解答;反过来,它们也有助于决定未解决谜题的清单并评估其中每个的重要性。”^⑤当我们注意到赫拉克利特的“河流”,柏拉图的

① 参见罗传贤:《立法程序与技术》,313页,台北,五南图书出版公司,1996。

② 参见张梓太、张乾红:《我国环境侵权责任保险制度之构建》,载《法学研究》,2006(3)。

③ 参见黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,40页,上海,上海书店出版社,2001。

④ 参见胡壮麟:《认知隐喻学》,108页,北京,北京大学出版社,2004。

⑤ [美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,165页,北京,北京大学出版社,2003。

“洞穴”，维特根斯坦的“语言游戏”，赖尔的“机器中的幽灵”以及罗尔斯的“无知帷幕”，就不会否认这些思想家的理论体系都是以核心隐喻为基本范畴而构建起来的。同样，在法律概念体系中也存在着核心隐喻，中国古代思想家的规矩方圆，自然法学派的社会契约，柏拉图、黑格尔的法律（国家）有机体，庞德的社会工程，博登海默、苏永钦的建筑物，马克思主义法学的经济基础与上层建筑等。一个新的重大法律隐喻的发现和定型，就意味着新的法学思维模式的生成。苏力教授在分析近代西方社会契约论的形成时提到，在资本主义上升时期，契约活动大量增加，契约现象成为日常生活中一种最普遍、最基本的现象，它不仅成为构建新型社会关系和社会组织的一种可供借用的理论资源，而且使人们的思想发生了新的“格式化”^①。借助交易契约，社会契约论改变了人们以往对国家的压制、暴力印象，突出了保障公民权利、协商对话的自由平等色彩。法学中的核心隐喻是法学世界观和法学方法论，决定着人们观察、研究世界的进路、方式。可以说，几乎每一个法学流派或者著名的法学家都有其独特的核心隐喻，一部法律思想史也是各种核心的法律隐喻兴衰更替的过程。

核心的法律隐喻也是形成法律概念体系的神经中枢。隐喻并不是本体与喻体之间一对一的对应关系，而是两个不同语义系统之间整体的对比、映射与转移。霍布斯曾以人为喻体，提出国家“要模仿有理性的‘大自然’最精美的艺术品——‘人’。因为号称‘国民的整体’或‘国家’（拉丁语为 *civitas*）的这个庞然大物‘利维坦’是用艺术造成的，它只是一个‘人造的人’；虽然它远比自然人身高力大，而是以保护自然人为其目的；在‘利维坦’中，‘主权’是使整体得到生命和活动的‘人造的灵魂’；官员和其他司法、行政人员是人造的‘关节’；用以紧密连接最高主权职位并推动每一关节和成员执行其任务的‘赏’和‘罚’是‘神经’，这同自然人身上的情况一样；一切个别成员的‘资产’和‘财富’是‘实力’；人民的安全是它的‘事业’；向它提供必要知识的顾问们是它的‘记忆’；‘公平’和‘法律’是人造的‘理智’和‘意志’；‘和睦’是它的‘健康’；‘动乱’是它的‘疾病’，而‘内战’是它的‘死亡’。最后，用来把这个政治团体的各部分最初建立、联合和组织起来的‘公约’和‘盟约’也就是上帝在创世时所宣布的‘命令’，那命令

^① 苏力：《从契约理论到社会契约理论》，载《中国社会科学》，1996（3）。

就是‘我们要造人’”^①。在这里，霍布斯以“利维坦”为核心隐喻，借用生物有机体的一套话语对国家的结构和活动进行重新描述，在该核心隐喻的周围形成一个新的概念体系。通常，以核心隐喻为中心，喻体的概念系统会整体移入本体之中，从而生成一个紧密联系着的隐喻群、隐喻链，即一套新的话语体系。例如，过去我们在理解法院性质和职能时，往往将其比作杀人工具的“刀把子”。如果从“刀把子”这个核心隐喻出发，即形成了一套完整的话语系统：“武器”“驯服工具”“刀锋”“锋芒”“锐利”“严厉打击”“消灭”“镇压”“制裁”“阶级斗争”“敌人”“人民民主专政”“你死我活”等。在这一长串的词语链条中，则体现出关于司法、审判的较为清晰的整体意象。如果以手术刀为喻体重新理解“刀把子”，并以此为中心，将形成一套新的话语系统：“医生”“医院”“疾病”“病理”“手术”“治疗”“康复”“护理”“药品”“健康”等；在新的“刀把子”论之下，将有助于确立“人权保障”“和谐共存”“正当程序”“专业司法”“审判独立”等司法观念。^②

二、法律隐喻的存立根据

（一）唯理主义的“非理性”

法律隐喻的理论基础是类比推理。在法学中，“比喻说法往往来自类推(analogy)”^③，质言之，“隐喻就是一种类比”^④。具体而论，在法律隐喻与类比推理之间，前者是后者的具体形式，后者是前者的理论基础。当然，类比推理在法学上运用的范围很广泛，它不仅包括法律隐喻，还包括类推适用、法律拟制、法律寓言、法律格言等具体形式。类比推理是依照这样的方式进行的：A事物具有属性a、b、c、d，B事物具有属性a、b、c，A事物与B事物之间就具有明显的类似性，所以，B事物就具有属性d。它是根据两个事物在一系列属性上是相同（或相似）的，而且已知其中的一个事物还具有其他特定属性，由此推出另一个事物也具有同样的其他属性的结论。作为类比推理具体形式的法律隐喻，也是照

① [英] 霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，1~2页，北京，商务印书馆，1985。

② 参见刘风景：《“刀把子”的隐喻学阐释——分析人民法院性质与功能的新进路》，载《清华法学》，2008（1）。

③ [奥] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，37页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

④ [美] 理查德·A·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，116页，中国政法大学出版社，2002。

此方式进行的。例如，作为法律隐喻适例的法律移植，就意味着“一国借鉴、吸收外国法律，类似于医学上的器官移植”。一般而言，移植是指把苗床或秧田里的幼苗拔起或连土掘起移栽到别处；它还指将有机体的一部分组织或器官补在同一机体或另一机体的缺陷部分上。从植物学术语的角度看，移植意味着整株植物的异地栽培，因而有整体移入而非部分移入的意思。但是，从医学术语的角度看，器官的移植显然是指部分的移入而非整体的移入，而且器官移植还可使人想到人体的排他性等一系列复杂的生理活动过程，从而更能准确地反映法律移入后的复杂情况。^① 由于以类比推理为根基的法律隐喻之中，理性表达和情绪性表达的区别并不明显^②，经由它获得的结论具有或然性，可能是真而非必然真，所以遭到以唯理主义为理论基础的概念法学的否定和拒斥。概念法学认为，法律概念构成一个完整的体系，通过法律概念的逻辑推导，由高位阶的抽象概念即演绎出低位阶的具体概念，法律隐喻是理性的对立物，它在法学研究领域不占重要位置。唯理主义认为，人能够“几何学地”、“清晰而明确地”、数学般地认识各种现象；只有单义的、明确的概念，不承认类推概念、意义概念、功能性概念、次序概念、类型概念。^③ 特别是，数学真理由一个独一无二的推理模式所建立，这个模式由假设到结论，是通过一连串环环相扣的逻辑推理完成的，而每一个步骤都是机械的、必然的展开过程。但是，“全然严谨或形式化的数学其实只是一个神话。在现实生活中，数学是一种社会交流的形式，而‘证明’则是糅合了正式和非正式、精确运算和不经意的评论、具说服力的论说和诉诸想象及直觉的一个复合体”^④。即使在崇尚精确、追求高度形式化的科学领域，隐喻作为一种“超逻辑形式”的科学凝聚，同样也是不可或缺的。科学在其最核心处也需要文学等的人文主义，牛顿就同时使用逻辑和比喻，达尔文也兼用事实和故事。科学是文艺的，在其日常操作中经常使用比喻和故事。“以理性的名义缩窄我们论证的立足点，此一现代主义的计划，就是非理性。现在，承认比喻和故事也在人类理性能力中扮

① 参见王晨光：《不同国家法律间的相互借鉴与吸收》，载《中国法学》，1992（4）。

② 参见〔美〕理查德·A·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，582页，北京，中国政法大学出版社，2002。

③ 参见〔德〕亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”》，吴从周译，51页，台北，学林文化事业有限公司，1999。

④ 〔美〕麦克洛斯基等：《社会科学的措辞》，许宝强等编译，76页，北京，生活·读书·新知三联书店，2000。

演一定角色,不是说要变得较非理性。相反,要的是更多的理性思考。因为有更多说服认真的人的东西要我们小心审视。现代主义对部分的理性能力很严格,但对其他部分就表现得极不理智。现代主义的专家不能和他们的对手讲理,在大多数的问题上,他们只能大声喧吵和冷嘲热讽。经过现代主义,现在对所有的论据说理,我们都要表现得更严格更合理。”^① 马克思更適切地指出,人不仅通过思维,也以全部感觉在对象世界中肯定自己。“科学只有从感性意识和感性需要这两种形式的感性出发,因而,科学只有从自然界出发,才是现实的科学。”^② 可以断言,完全排斥感性的所谓科学,无法在言者与听者之间形成有效的沟通和交流,只是一种“非科学”。

(二) 感性是法律的内在因素

随着唯理主义根基的松动,概念法学在法学领域也受到质疑,类比推理打破了三段论推理在法学界的一统天下,不断拓展自己的作用空间。在立法领域,“通常可以选择,或者以概念性的方式,质言之,借助尽可能清楚地描绘其轮廓的,不可或缺并且终局确定的要素来支撑意想的案件事实,或者以类型描述的方式,易言之,接着提出一些例示的特征或事例来描绘案件事实”^③。毋庸置疑,概念与类型都是法律的构成要素,如果法律仅以抽象概念来设定权利义务,难免词不达意、挂一漏万,偏离法律的真正目的。在裁判领域,“规则适用的范围也许不确定,因此法官就必须不断地决定,这一规则对制定规则时未曾预见的或至少是未作决定的情况是否适用。规则总是把无限连续的现象一分为二。对夜间入室行窃的惩罚要比白日入室行窃的惩罚更严厉,这个规则在语义学上很清楚,但是由于不关心实际的白天黑夜间的联系(一种难以觉察的逐步过渡),这条规则就不能跟踪其描述的实在,造成适用中的模棱两可。更为普遍的一点是,法律规则频繁地把那些其实确定指涉的语词都当作确有所指的语词(例如‘白天’和‘黑夜’)”^④。与抽象概念相对应的三段论推理方式,在调整范围上比较封闭,在解决方法上比较呆板,在价值

① [美] 麦克洛斯基等:《社会科学的措辞》,许宝强等编译,152~153页,北京,生活·读书·新知三联书店,2000。

② [德] 马克思:《1844年经济学哲学手稿》,88~89页,北京,人民出版社,2000。

③ [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,101页,北京,商务印书馆,2003。

④ [美] 理查德·A·波斯纳:《法理学问题》,苏力译,59页,北京,中国政法大学出版社,2002。

取向上比较中性,难以胜任纠纷解决的繁重任务。所以,有人认为,与三段论推理相比,“类推推理位于法律思维的核心,而且理由非常充分。它非常适于律师和法官担任的特定角色——非常适合这样一个制度,即各种不同的人尽管在时间和能力上有各种限制,尽管在根本性问题上存在不同意见,但他们必须得出结论。类推过程没有任何静止的东西;它为灵活性留有大量余地,实际上也就是进行大量的创造活动。法律中的许多创造活动都来自于人们能够看到新的类推的能力。不管一个法律文化是多么的复杂,也不管它对法治是多么的投入,它都可能为类推推理留下大量空间。因此,在日常生活中坚持的类推思维在法律中也得到反映”^①。总之,人是理性的也是感性的,理性只是人存在的一个侧面,同时也应该给感性以适当的位置。“在法律理性后面,潜藏着非理性。掘开文明的表层,人们就会发现大量冲突的感情和欲望。”^② 法律作为人的一种重要生存方式,它既具有理性也不排斥感性,两者各有自己的作用空间和特殊功能,缺一不可。与之相适应,法律隐喻作为感性的产物和表征,采用类型以及类比推理的方式,也是人们认识和把握各种法律现象的有效方法。

(三) 法学须接纳隐喻方法

德国法学家考夫曼认为,每一个日常用语或专门用语均有两个面向:一种是理性的、范畴的面向,另一种是意图的、比喻的面向。科学语言必须是严密的,但也不能完全放弃图像性,否则它将丧失其“可言谈性”以及创造性与革新能力。语言的极度精密性,只能是内容、意义的极度空洞化。任何人为了“精细地”表达而完全将比喻排除于科学语言之外,均忽略了比喻有时能够“更清楚地”,也即在其意义上更精确地表达一个抽象的概念。^③ 每一个日常语言包括法律语言,都不断地在两个领域间移动——水平的或直线的领域,以及垂直的或超验的领域。在第一个领域中,是与理性的、范畴的语言有关,亦即和数学的语言有关。它通过抽象作用和语言规定,以人工语言实现其单义性与精确性;第二个领域则

① [美] 凯斯·R·孙斯坦:《法律推理与政治冲突》,金朝武等译,120页,北京,法律出版社,2004。

② [英] 韦恩·莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》,李桂林等译,311页,武汉,武汉大学出版社,2003。

③ 参见[德] 亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”》,吴从周译,171页,台北,学林文化事业有限公司,1999。